

Inga Kawka*

NOWE TECHNOLOGIE JAKO WYZWANIE WSPÓLNOTOWEGO PRAWA ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ

1. Wstęp

Celem tego artykułu jest odpowiedź na pytanie, jakie rozwiązania prawne mogą korzystnie wpływać na rozwój nowych technologii telekomunikacyjnych i stanowić zachętę dla inwestowania w infrastrukturę pozwalającą na świadczenie lepszej jakości oraz bardziej innowacyjnych usług. Ponadto analiza dotyczyć będzie sposobu, w jaki organy stosujące prawo łączności elektronicznej powinny uwzględniać na poszczególnych etapach regulacji rynku kwestię szybkiego postępu technologicznego w dziedzinie telekomunikacji, aby stosowane przez nie środki były adekwatne i proporcjonalne do występującej na rynku sytuacji i nie stanowiły przeszkody w rozwoju sektora.

Problem wpływu prawa wspólnotowego na rozwój technologiczny sektora łączności elektronicznej dotyczy przede wszystkim zagadnienia, czy równy i niedyskryminujący – „wolny” dostęp (*open access*) do infrastruktury nie zniechęca przedsiębiorców zintegrowanych wertykalnie do inwestowania i unowocześniania własnej sieci. Jednym z podstawowych celów wspólnotowego prawa łączności elektronicznej jest bowiem otwieranie rynków telekomunikacyjnych dotychczas zamkniętych dla konkurencji i tworzenie

* Dr Inga Kawka – adiunkt w Instytucie Politologii Akademii Pedagogicznej im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

prokonkurencyjnych warunków ich funkcjonowania. Cel ten jest osiągany za pomocą tzw. regulacji na rzecz konkurencji (*pro-competitive regulation*)¹. Regulacja ta dotyczy przede wszystkim tworzenia możliwości swobodnego wejścia na rynek oraz wyjścia z rynku nowych przedsiębiorców. W przypadku sektorów infrastrukturalnych świadczenie usług jest związane z wykorzystaniem sieci, która głównie z przyczyn ekonomicznych nie może być lub jest trudna do zdublowania. Do momentu liberalizacji sektora telekomunikacyjnego w UE centralne znaczenie sieci było decydującym argumentem uzasadniającym monopolistyczną organizację sektorów infrastrukturalnych². Operatorzy powinni mieć możliwość negocjowania między sobą porozumień w sprawie dostępu i porozumień międzysieciowych bez żadnych ograniczeń. Jednakże w przypadku rynków telekomunikacyjnych występują duże różnice w pozycji negocjacyjnej między operatorami. W związku z tym niektórzy operatorzy, aby móc świadczyć własne usługi, muszą korzystać z infrastruktury innych przedsiębiorstw. Jedynie wolny dostęp do infrastruktury i usług telekomunikacyjnych daje im możliwość wejścia na rynek i jest uznawany za warunek rozwoju konkurencji w sektorze³. Obecnie, w celu zapewnienia adekwatnego dostępu do sieci przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym krajowe organy regulacyjne mają szereg kompetencji, w tym najważniejsze uprawnienie do nałożenia na operatora obowiązku udostępnienia własnej sieci lub urządzeń towarzyszących innym przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym⁴.

¹ T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, s. 7 i n.

² I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy regulacyjne w Unii Europejskiej*, Kraków 2006, s. 80 i n.; J. Masing, *Stan i tendencje rozwojowe regulującego prawa administracyjnego*, [w:] *Ius Publicum Europaeum*, pod red. H. Bauer, P. Huber, Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2003, s. 169.

³ E. Galewska, *Implementacja dyrektyw telekomunikacyjnych*, Kraków 2007, s. 166; Ch. Koenig, S. Loetz, *Framework for Network Access and Interconnection*, [w:] *EC and Telecommunication Law*, pod red. Ch. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun, The Hague, London, New York 2002, s. 359 i n.; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 109 i n.

⁴ Artykuł 12 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń Dz. Urz. UE 24.04.2002, L 108/7 (dalej – dyrektywa o dostępie).

2. Nowe technologie a obecny model regulacji sektora łączności elektronicznej

Zgodnie z obecnie obowiązującymi ramami regulacyjnymi w dziedzinie telekomunikacji, obowiązek przyznawania dostępu usługodawcom do infrastruktury pociąga za sobą zwiększenie konkurencji w krótkiej perspektywie czasowej, nie powinien jednak zniechęcać do inwestowania w alternatywne zasoby i nowe technologie, co powoduje zwiększoną konkurencyjność w dłuższej perspektywie⁵. Zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. c) dyrektywy ramowej⁶, krajowe organy regulacyjne mają promować konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in. wspierając efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz innowacyjne technologie. Ponadto realizując swoje kompetencje, organy regulacyjne powinny brać pod uwagę przesłanki wymienione w art. 12 ust. 2 dyrektywy o dostępie, w tym m.in.:

- zasadność tworzenia alternatywnej infrastruktury,
- konieczność zapewnienia długotrwałej konkurencji,
- inwestycje dokonane przez zobowiązanego i związane z nimi ryzyko.

Aby to osiągnąć, konieczne jest wyważanie przez organy regulacyjne interesów wszystkich działających na rynku przedsiębiorstw telekomunikacyjnych (zarówno tych, które już działają na danym rynku, jak i tych, którzy zamierzają na ten rynek wejść). Uwzględnianie wymienionych w art. 12 dyrektywy o dostępie przesłanek wymaga także od organów regulacyjnych opracowywania długoterminowych strategii działania oraz prognoz co do przyszłego rozwoju rynku. Obecnie obowiązujący model regulacji zakłada więc równy i niedyskryminacyjny dostęp przedsiębiorców oferujących usługi łączności elektronicznej do tzw. „wąskich gardeł” (*enduring economic bottleneck*). Wąskimi gardłami są kluczowe elementy infrastruktury (*key inputs*), które nie mogą zostać powielone na komercyjnych zasadach w rozsądnym czasie. Prawo wspólnotowe, aby osiągnąć, taki niedyskryminacyjny dostęp, wymaga od ustawodawców krajowych przyznania organom regulacyjnym bardzo szerokich kompetencji. Mogą one nie tylko nakładać obowiązki na operatorów, ale również decydować, który z obowiązków regulacyjnych

⁵ Punkt 19 preambuły do dyrektywy o dostępie.

⁶ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE 24.04.2002, L 108/33 (dalej – dyrektywa ramowa).

powinien zostać nałożony w konkretnej sytuacji. Sprawia to, że krajowe organy regulacyjne muszą ocenić, czy zastosowanie środków regulacyjnych jest zasadne, a także rozstrzygnąć, jaki (jake) obowiązek (obowiązki) powinny zostać nałożone na przedsiębiorców. Podstawowym wyzwaniem dla organów regulacyjnych jest więc właściwe wyważenie między dwoma wykluczającymi się celami: promowaniem konkurencji krótkoterminowej i wspieraniem inwestycji i innowacji zapewniających konkurencję długoterminową.

2.1. Nowe technologie a określanie rynków właściwych

Zasadniczo regulacja ma charakter asymetryczny, tzn. obowiązki regulacyjne są nakładane nie na wszystkie przedsiębiorstwa telekomunikacyjne działające na rynku, ale jedynie na te, które dysponują znaczącą pozycją rynkową.

Przeprowadzając analizę, krajowe organy regulacyjne będą więc najpierw określać:

- rynki właściwe (relevantne) zgodnie z zaleceniem Komisji w sprawie właściwych rynków i usług w sektorze łączności elektronicznej⁷;
- czy dany rynek właściwy jest efektywnie konkurencyjny, a więc czy występują na nim czy też nie przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji rynkowej;
- które z przedsiębiorstw dysponują znaczącą siłą rynkową;
- odpowiednie środki regulacyjne⁸.

Krajowe organy regulacyjne są zobowiązane do definiowania rynków właściwych zgodnie z zaleceniem Komisji w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* oraz wytycznymi Komisji dotyczącymi analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej⁹. Oba te dokumenty przyjmują taką samą metodologię, jaka

⁷ Zalecenie Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej 2007/879/WE, Dz. Urz. UE 28.12.2007, L 344/65.

⁸ J.-D. Braun, R. Capito, *The Framework Directive*, [w:] *EC Competition and Telecommunications Law...*, s. 335; M. Szydło, *Wybrane aspekty regulacji sektora łączności elektronicznej w prawie wspólnotowym*, Prawo Unii Europejskiej 2004, nr 7-8.

⁹ Zalecenie Komisji w sprawie właściwych rynków...; Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty dla sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE 11.07.2002, C 165/6.

jest stosowana przy określaniu rynków właściwych w prawie konkurencji¹⁰. Zarówno w zaleceniu w sprawie rynków właściwych z 2003 r.¹¹, jak i w nowym zaleceniu z grudnia 2007, Komisja określając rynki produktowe, bierze więc pod uwagę substytucję po stronie popytu, substytucję po stronie podaży oraz potencjalną konkurencję¹².

Podstawową różnicę między analizami wynikającymi z prawa konkurencji a regulacją sektorową stanowi fakt, że analizy rynku telekomunikacyjnego dokonywane przez organy regulacyjne muszą zawsze uwzględniać przyszły rozwój rynku. Z wytycznych dotyczących wyznaczania pozycji rynkowej wynika wyraźnie, że określona w art. 16 dyrektywy ramowej procedura analizy rynku nie rozpoczyna się od stwierdzenia, iż doszło do antykonkurencyjnych praktyk, tak jak najczęściej ma to miejsce w przypadku prawa ochrony konkurencji (z wyjątkiem kontroli koncentracji), lecz że jej podstawę stanowi przyszła wizja danego rynku (*forward-looking perspective*). Organy regulacyjne muszą więc uwzględniać dynamikę rynków telekomunikacyjnych, w tym wpływające na ich strukturę innowacje technologiczne. Odpowiednie określenie granic rynku właściwego wymaga zatem uwzględnienia nie tylko aktualnej, ale i przewidywanej substytucji po stronie popytu oraz po stronie podaży oraz potencjalną konkurencję w dłuższej perspektywie czasowej.

2.1.1. Nowe technologie a substytucyjność (wymienialność) po stronie popytu i podaży

Produkty i usługi dostępne przy zastosowaniu nowych technologii mogą prowadzić do powstania nowego rynku właściwego. Zgodnie z założeniami ram regulacyjnych w sektorze łączności elektronicznej, nowo powstające rynki nie powinny być obciążane nieodpowiednimi/nieadekwatnymi obo-

¹⁰ Artykuł 15 ust. 1 oraz ust. 2 dyrektywy ramowej.

¹¹ Zalecenie Komisji z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej 2003/311/WE, Dz. Urz. UE 8.5.2003, L 114/45.

¹² Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE 9.12.1997, C 372/05; L.J.H.F. Garzaniti, *Telecommunication, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, London 2003, s. 13 i n., 267 i n.; T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, pod red. J. Barcza, Warszawa 2003, s. 221 i n.

wiązkami (*inappropriate obligations*)¹³. Zalecenie Komisji w sprawie rynków właściwych z lutego 2003 r. precyzuje to postanowienie. Zgodnie z jego pkt. 15, nowe, powstające dopiero rynki, na których siła rynkowa danego przedsiębiorstwa może wynikać z korzyści przysługujących inicjatorowi zmian, nie powinny być zasadniczo przedmiotem regulacji *ex ante*. Wyrażną zmianę podejścia Komisji do zagadnienia nowo powstających rynków widać w nowym zaleceniu w sprawie rynków właściwych z grudnia 2007 r. W pkt. 7 tego zalecenia nowo powstające rynki są definiowane jako rynki produktów lub usług, dla których z uwagi na ich nowatorski charakter trudno jest prognozować warunki popytu, dostępu do rynku i podaży, w związku z tym trudno jest określić, czy rynki te powinny podlegać regulacji *ex ante*, a więc czy spełniają łącznie trzy wymienione w zaleceniu kryteria:

- obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku,
- struktura rynku nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym,
- samo prawo konkurencji nie jest wystarczające, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe.

Zgodnie z pkt. 7 zalecenia, „nowo rozwijające się rynki nie powinny być obciążane nieadekwatnymi obowiązkami, nawet jeśli występuje przewaga pierwszego oferenta na rynku”, jednocześnie jednak „należy zapobiec zajęciu tych rynków przez wiodące przedsiębiorstwo”¹⁴. Nowe zalecenie nie przewiduje więc, że rozwijające się rynki co do zasady nie powinny być regulowane. Nakazuje natomiast wyważoną regulację tych rynków przy uwzględnieniu ich specyfiki i pozostawia krajowym organom regulacyjnym rozstrzygnięcie, czy nowo powstające rynki powinny być poddane regulacji *ex ante*. W swoim zaleceniu Komisja nie wyznacza w porównaniu z zaleceniem wcześniej obowiązującym żadnych nowych rynków produktowych powstałych w wyniku rozwoju technologicznego, na których konkurencja byłaby nieefektywna i które wymagałyby interwencji regulacyjnej. Natomiast zalecenie Komisji z 2007 r. znacznie ogranicza liczbę rynków właściwych podlegających regulacji¹⁵, przede wszystkim liczbę rynków detalicznych¹⁶ – z siedmiu do jednego.

¹³ Punkt 27 preambuły do dyrektywy ramowej.

¹⁴ Zalecenie w sprawie rynków właściwych z dnia 17 grudnia 2007 r..., pkt 7

¹⁵ I. Bernaerts, *Time to deregulate — Commission consultation on a new EU framework for electronic communications*, Competition Policy Newsletter 2006, nr 3, s. 8.

¹⁶ Nie oznacza to, że automatycznie rynki te przestają być regulowane. Zgodnie z pkt. 17 nowego zalecenia, „co do rynków wymienionych w załączniku do zalecenia 2003/311/WE

Znacznemu zmniejszeniu nie uległa natomiast liczba rynków hurtowych. Konkurencja rozwinęła się zatem ciągle na poziomie usług świadczonych detalicznie, nie ma natomiast wciąż konkurencji między sieciami¹⁷.

Produkty i usługi dostępne przy zastosowaniu nowych technologii, jeżeli różnią się od usług już świadczonych, mogą zatem prowadzić do powstania nowego rynku właściwego. Natomiast jeżeli są usługami takimi samymi lub podobnymi do usług już funkcjonujących, to mogą wpływać na konkurencję na dotychczas istniejących rynkach telekomunikacyjnych. Zgodnie z obwieszczeniem Komisji dotyczącym definiowania rynku właściwego¹⁸ „z gospodarczego punktu widzenia, dla zdefiniowania rynku właściwego, substytucyjność popytu stanowi najbardziej bezpośrednią oraz skuteczną siłę dyscyplinującą działającą na dostawców danego produktu, w szczególności w odniesieniu do ich decyzji w sprawie ustalania cen”. Definiując rynek właściwy, organy regulacyjne muszą więc ustalić, czy usługi świadczone za pomocą nowych technologii są uznawane przez konsumenta za wymienne lub substytucyjne w stosunku do usług już na rynku oferowanych¹⁹.

Przykładem problemu dotyczącego ustalania zakresu rynków właściwych jest świadczenie usług o charakterze telefonii stacjonarnej za pomocą sieci ruchomych (np. Era Domowa, Era Firmowa). Od tego, czy konsumenci będą postrzegać tego typu usługi jako substytuty telefonii głosowej świadczonej za pomocą infrastruktury stacjonarnej, zależała będzie odpowiednia definicja produktowych rynków właściwych. Ciekawym przykładem jest również kwestia ustalenia, czy usługi telefonii VoIP (VoB)²⁰ stanowią nowy rynek, czy też są substytutem już świadczonych na rynku usług. Zależy to od róż-

z dnia 11 lutego 2003 r., ale niewymienionych w załączniku do niniejszego zalecenia – krajowe organy regulacyjne powinny być uprawnione do sprawdzenia, czy trzy kryteria są spełnione, w celu oceny, czy ze względu na okoliczności krajowe rynek wciąż podlega regulacji *ex ante*”.

¹⁷ O. Bringer, S. Kramer, *Broadband competition in Malta: are two access providers enough?*, Competition Policy Newsletter 2007, nr 2, s. 31.

¹⁸ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE 9.12.1997, C 372/5.

¹⁹ T. Madiéga, *Innovation and Market Definition under the EU Regulatory Framework for Electronic Communication*, World Competition 2006, nr 29 (1), s. 59.

²⁰ VoIP (*Voice over Internet Protocol*) – technologia umożliwiająca przesyłanie dźwięków mowy za pomocą łącz internetowych lub dedykowanych sieci wykorzystujących protokół IP, popularnie nazywana telefonią internetową. Jej bardziej zaawansowana wersja to VoB (*Voice over Broadband*).

nych czynników, takich jak: jakość i charakter usług VoB (np. kwestie czy w przypadku telefonii internetowej istnieje możliwość używania tradycyjnych aparatów telefonicznych, czy konieczne jest włączanie komputera do odbierania lub wykonywania połączeń), ceny oraz rozpowszechnienie szerokopasmowego dostępu do Internetu. Jeżeli organy regulacyjne stwierdzą, że taka substytucyjność istnieje powinny uznać usługi telefonii internetowej za produkt należący do detalicznego rynku połączeń głosowych²¹.

Ze względu na szybki rozwój technologiczny sektora telekomunikacyjnego przy określaniu rynku właściwego istotna jest również substytucja po stronie podaży. Nowe rozwiązania technologiczne pozwalają bowiem przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym przestawić produkcję na odpowiednie usługi oraz obrót nimi w krótkim okresie bez występujących dodatkowych znacznych kosztów lub zagrożeń²². Regulatorzy muszą ostrożnie oceniać stopień substytucyjności po stronie podaży, aby uwzględnić zasadę neutralności technologicznej. Zgodnie z tą zasadą podstawą interwencji regulacyjnej musi być charakter oferowanego produktu lub usługi nie zaś technologia, za pomocą której są one udostępniane użytkownikom. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy ramowej stanowi bowiem, że „państwa członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, w szczególności te związane z zapewnieniem efektywnej konkurencji, brały przede wszystkim pod uwagę dążenie do zagwarantowania neutralności technologicznej przyjmowanych norm prawnych”. Oznacza to, że regulacja nie powinna narzucać lub dyskryminować danego rodzaju technologii²³. Jest to szczególnie istotne ze względu na konwergencję technologiczną w telekomunikacji²⁴ dającą moż-

²¹ Nota wyjaśniająca do zalecenia Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, SEK(2007) 1483, wersja ostateczna, s. 23.

²² Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego..., pkt 20.

²³ Punkt 18 preambuły do dyrektywy ramowej.

²⁴ Komunikat Komisji, Zielona Księga w sprawie konwergencji sektorów telekomunikacji, mediów i technologii informacyjnych oraz konsekwencje dla regulacji, Dz. Urz. UE 3.12.1997, KOM (97) 623; B. Holznagel, *New Challenges: Convergence of Markets, Divergence of the Laws? Questions Regarding the Future Communications Regulation*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 2, Winter 1998/99, s. 1; A. de Streel, R. Queck, Ph. Vernet, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communication*

liwość świadczenia tych samych usług za pomocą różnych sieci. Wszelkie zatem sieci i usługi związane z przekazywaniem informacji niezależnie od technologii ich świadczenia powinny zostać objęte jednolitymi unormowaniami prawnymi. Zasada ta nie oznacza jednak, że poszczególne rynki właściwe nie mogą być wyodrębniane według kryteriów technologicznych, jeżeli kryteria te decydują o charakterystycznych cechach danego rynku. W związku z tym specyfika regulacyjna poszczególnych segmentów rynku telekomunikacyjnego może się nadal utrzymywać²⁵. Przykładem tego jest zastosowany podstawowy podział rynków właściwych przez Komisję zarówno w zaleceniu z 2003 jak i z 2007 na rynki usług stacjonarnych i ruchomych, mimo coraz częściej pojawiających się na rynku ofert hybrydowych łączących usługi telefonii stacjonarnej i ruchomej w jednym pakiecie.

2.1.2. Definiowanie rynków właściwych a sieci nowej generacji (*Next Generation Networks* – NGN)

W ciągu ostatnich lat przykładem zmian technologicznych jest rozwój sieci nowej generacji. Popularność Internetu i wynikająca z niej zmiana potrzeb użytkowników sieci powodują, że rośnie zainteresowanie innymi niż tradycyjna telefonia głosowa usługami łączności elektronicznej, takimi jak: telefonia IP, telewizja cyfrowa, poczta elektroniczna, elektroniczny handel czy przesyłanie danych. W związku z tym że tradycyjne centrale komutacyjne publicznej sieci PSTN (*Public Switched Telephony Network*), projektowane były do przenoszenia jedynie ruchu telefonicznego, a nie do obsługi ruchu danych, konieczna jest modernizacja sieci²⁶. Tworzenie sieci NGN obejmuje modernizację sieci szkieletowej²⁷, aby była ona dostosowana do transportu danych, głosu i wszelkiego typu usług w technice IP (*all-IP architecture*)²⁸,

électroniques, Cahiers de Droit Européen 2002, nr 1-2, s. 249-250; S. White, *Convergence – Where to Next?*, *Telecommunications, information technologies and multimedia law. Towards a common framework*, Luxembourg 1998, s. 171.

²⁵ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 50.

²⁶ A. Urbanek, *NGN – u progu sieci nowej generacji*, NetWorld, 1 stycznia 2002, www.network.pl.

²⁷ Sieć szkieletowa to sieć łącząca dwie lub więcej sieci lokalnych lub segmentów tych sieci, wykonana zwykle z medium światłowodowego (coraz rzadziej miedzianego) i prowadząca duży ruch transmisyjny.

²⁸ IP (*Internet Protocol*) to protokół komunikacyjny używany powszechnie w Internecie i sieciach lokalnych. Dane w sieciach IP są wysyłane w formie bloków określanych mianem pakietów.

a także modernizację sieci dostępowej²⁹ przez stosowanie rozwiązań częściowo lub całkowicie opartych na światłowodzie³⁰. Przykładem tej tendencji może być zastępowanie lokalnej pętli abonenckiej w postaci „metalowej skrętki” przez technologię światłowodową – *Fiber In The Loop* (dalej – FITL)³¹. Sieci dostępne FITL są jednym z przyszłościowych rozwiązań w dziedzinie szerokopasmowego dostępu abonenckiego. Pozwalają na świadczenie nowych usług oraz takich samych usług jak za pomocą lokalnej pętli abonenckiej, lecz lepszej jakości oraz są obecnie najtańszym sposobem przesyłania dużych ilości danych³².

Wprowadzanie nowych technologii powoduje konieczność ich uwzględnienia przy definiowaniu rynków właściwych. W obszarze usług transmisji danych w lokalizacjach stacjonarnych, pierwotne zalecenie z 2003 r. określało, że rynki, które mogą zostać poddane regulacji *ex ante* to:

- hurtowe rynki uwolnionego dostępu (łącznie z dostępem współdzielonym) do metalowych pętli oraz podpętli – rynek 11;
- hurtowy rynek dostępu szerokopasmowego – rynek 12.

Podział na te dwa rynki wynikał z charakteru oferowanych produktów oraz substytucyjności popytu i podaży. Obecnie jednak znaczny rozwój sieci nowej generacji spowodował, że wiele przedsiębiorstw zamierza zmodernizować sieć wprowadzając technologię światłowodową bliżej użytkownika końcowego. Pojawia się więc pytanie, czy rynek uwolnionego dostępu lokalnego będzie stanowił odrębny rynek od rynku dostępu szerokopasmowego. W nowym zaleceniu w sprawie rynków właściwych Komisja zidentyfikowała dwa rynki hurtowe, jeśli chodzi o dostęp do usług transmisji danych i usług towarzyszących

²⁹ Sieć dostępowa – sieć komunikacyjna służąca do podłączenia konkretnej lokalizacji do sieci szkieletowej.

³⁰ Nota wyjaśniająca..., s. 16.

³¹ Technika FITL gwarantuje dużą elastyczność sieci i możliwość integracji usług zarówno wąskopasmowych, jak i szerokopasmowych. Wyróżnia się trzy podstawowe struktury sieci FITL: światłowod do szafki ulicznej – *Fiber To The Curb* (FTTC), światłowod do budynku – *Fiber To The Building* (FTTB) oraz światłowod do mieszkania – *Fiber To The Home* (FTTH). Rozwiązania typu FTTH/B są przeznaczone przede wszystkim dla użytkowników biznesowych oraz różnego rodzaju instytucji użyteczności publicznej, które potrzebują sieci o dużej przepustowości (kilkaset Mbit/s lub więcej). Dla odbiorców indywidualnych i małych firm lepszym rozwiązaniem jest FTTC, uzupełniona o techniki xDSL dla połączeń między szafką uliczną a użytkownikiem.

³² H. Gut-Mostowy, *Światłowodowe sieci dostępne – techniki FITL*, <http://net.itl.waw.pl/technologie>, s. 1.

w lokalizacjach stacjonarnych: hurtowy (fizyczny) dostęp do infrastruktury sieciowej (w tym dostęp dzielony lub w pełni uwolniony) w stałej lokalizacji, oraz hurtowe usługi dostępu szerokopasmowego. W nocie wyjaśniającej sprecyzowała jednak, że przyszła substytucyjność po stronie popytu i podaży może doprowadzić do scalenia tych rynków w jeden. W konsekwencji rynki te powinny być analizowane przez organy regulacyjne łącznie³³.

2.2. Nowe technologie a obowiązki regulacyjne

Rozwój sektora telekomunikacyjnego może zostać zapewniony jedynie jeżeli krajowe organy regulacyjne będą stosowały środki regulacyjne odpowiednie do występujących na rynku telekomunikacyjnym problemów konkurencyjnych. Warto więc przeanalizować i uszczegółowić przesłanki, jakie muszą być spełnione, aby nałożenie danego obowiązku regulacyjnego mogło zostać uznane za zasadne. Po pierwsze, zgodnie z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie, regulacja musi prowadzić do realizacji celów określonych w art. 8 ust. 3 dyrektywy ramowej; po drugie, nakładane obowiązki muszą być adekwatne, tzn. muszą odpowiadać charakterowi zidentyfikowanego na danym rynku właściwemu problemowi konkurencyjnego; po trzecie, regulacja ma być proporcjonalna tzn. oczekiwany rezultat powinien być proporcjonalny w stosunku do siły oddziaływania danego środka regulacyjnego na rynek. Zgodnie z pkt. 118 wytycznych Komisji³⁴, obowiązek regulacyjny jest proporcjonalny, jeśli cel jego nałożenia jest zgodny z prawem, obowiązek ten jest ograniczony do tego, co jest konieczne do osiągnięcia określonego celu i w jak najmniejszym stopniu ingeruje w działanie danego rynku. Tak ogólne określenie przesłanek, jakie powinien brać pod uwagę regulator, jest oczywiście mało przydatne w praktyce i wymaga uszczegółowienia. Istnieją dwa możliwe do zastosowania podejścia. Pierwsze polega na określeniu problemów dotyczących skuteczności konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym i przypisaniu im obowiązków regulacyjnych, które najlepiej będą w stanie zapobiec ich powstawaniu lub je rozwiązać. Podejście takie zakłada jednak automatyczne przyporządkowanie określonych obowiązków regulacyjnych określonym problemom pojawiającym się na rynku bez konieczności prowadzenia

³³ Nota wyjaśniająca..., s. 35.

³⁴ Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynkowej i oceny znaczącej pozycji rynkowej w obrębie wspólnotowych ram regulacyjnych dotyczących sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE 11.7.2002, C 165.

dokładnych analiz. Słuszniejsze zatem wydaje się podejście drugie, które polega na dokładnym określeniu zasad, jakimi powinny kierować się organy krajowe przy nakładaniu obowiązków regulacyjnych. Pewne wskazówki w tym zakresie wynikają z dokumentu wydanego przez Europejską Grupę Regulatorów (ERG)³⁵. Zgodnie z nim, przyjmując środki regulacyjne regulator powinien brać pod uwagę, iż charakter problemu, któremu ma zapobiec stosowanie danego środka regulacyjnego, może być najlepiej ustalony przez określenie, z jakimi czynnikami ten problem jest związany (np. ceną, warunkami umów, właściwościami produktu/usługi) i jakie antykonkurencyjne skutki wywołuje (np. przeniesienie siły rynkowej na rynki powiązane, podnoszenie kosztów ponoszonych przez konkurencyjne przedsiębiorstwa, negatywne skutki dla konsumentów). Ponadto, jeżeli konkurencja w dziedzinie infrastruktury wydaje się możliwa, nakładane obowiązki powinny dążyć do jej promowania. Natomiast jeżeli konkurencja między sieciami wydaje się niemożliwa, nakładane na przedsiębiorców obowiązki mają zapewnić konkurencję na rynku usług i chronić inwestycje w infrastrukturę. Obowiązki regulacyjne powinny być również zgodne z motywacjami graczy rynkowych lub skłaniać ich do przyjęcia określonych motywacji, tak aby były one wykonywane z własnej woli przez przedsiębiorstwa.

Ponadto z zasady proporcjonalności i adekwatności wynika, że różne rodzaje środków regulacyjnych mają być stosowane zgodnie z hierarchią ich inwazyjności. Krajowy organ regulacyjny powinien najpierw przeanalizować, czy skutecznie zadziała mniej inwazyjny środek (a nawet go wypróbować) przed przejściem do stosowania środków wpływających w większym stopniu na rynek, takich jak obowiązek zagwarantowania dostępu czy regulacja cen. Nakładając obowiązki regulator ma poza tym brać pod uwagę nie tylko odpowiedniość określonego środka regulacyjnego w odniesieniu do natury badanego problemu ale również jego efektywność, czyli to, czy umożliwi on rozwiązanie lub złagodzenie danego problemu. Organy regulacyjne powinny również ocenić, czy obowiązek regulacyjny, który ma zostać nałożony, może być wyegzekwowany, to znaczy, czy koszty wdrożenia i wyegzekwowania danego obowiązku nie przewyższają oczekiwanych korzyści³⁶.

³⁵ ERG, *Common Position on the approach to Appropriate remedies in the New regulatory framework*, ERG (03) 30 rev1.

³⁶ P. Larouche, *Legal Issues Concerning Remedies in Network Industries*, Konferencja "Remedies in Network Industries", Brussels, 25 września 2002, <http://papers.ssrn.com>, s. 4-5.

Podjmując decyzję o nałożeniu obowiązków regulacyjnych, organy krajowe powinny więc wziąć pod uwagę całość relewantnych czynników gospodarczych. Istotne będą więc, zdaniem P. Larouche'a³⁷, skutki interwencji regulacyjnej lub jej braku: dla przedsiębiorstwa wyciągającego korzyści z obowiązku regulacyjnego (koszty braku interwencji regulacyjnej – wyjście z rynku, bankructwo – oraz zyski wynikające z tej interwencji), dla przedsiębiorstwa, na które został nałożony obowiązek regulacyjny (koszty wdrożenia obowiązku regulacyjnego, również koszty długoterminowe w tym brak motywacji do inwestycji i rozwoju nowych technologii), dla administracji regulacyjnej (koszty nałożenia obowiązku obejmujące zarówno zbieranie informacji i ich analizowanie, jak i monitorowanie wdrażania danego obowiązku i jego egzekwowanie) oraz dla użytkowników końcowych (zyski płynące z nałożenia obowiązku np. wynikające z rozwoju konkurencji – większy wybór, niższe ceny – ale również koszty wynikające np. z braku motywacji do inwestowania w dłuższym terminie).

Konieczność analizy ww. czynników potwierdzają wspólnotowe ramy regulacyjne. Nakazują one krajowym organom regulacyjnym brać pod uwagę przy nakładaniu obowiązków korzyści, jakie wynikają z nałożenia obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej dla jego konkurentów, jak i koszty, które powstałyby po stronie przedsiębiorstw, gdyby taki obowiązek nie został nałożony. Jednocześnie, zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne mają wspierać efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury i promować innowacyjne technologie. Regulatorzy powinni więc brać pod uwagę również koszty ponoszone przez przedsiębiorcę, na którego nałożony został obowiązek regulacyjny. Kwestia uwzględniania kosztów poniesionych przez przedsiębiorcę, na którego zostały nałożone obowiązki regulacyjne, jest szczegółowo uregulowana w przypadku najcięższych środków regulacyjnych, które mogą stosować krajowe organy regulacyjne na rynkach hurtowych: obowiązku uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp oraz kontroli cen i obowiązków związanych z systemem księgowości kosztowej. W przypadku obowiązku zapewnienia dostępu, zgodnie z art. 12 ust 2 lit.c) i d) dyrektywy o dostępie, organy regulacyjne powinny brać pod uwagę m.in. pierwotne inwestycje właściciela urządzeń, mając na uwadze ryzyko związane

³⁷ P. Larouche, *Competition Law and Regulation In European Telecommunications*, Oxford 2000, s. 196 i n.

z inwestycjami oraz konieczność zapewnienia długoterminowej konkurencji. Natomiast zgodnie z art. 13 ust. 1 *in fine* dyrektywy o dostępie, regulatorzy nakładając obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z określaniem cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów „będą mieli na uwadze dokonane przez operatora inwestycje oraz umożliwią mu uzyskanie zwrotu stosowanej części użytego kapitału, uwzględniając poniesione ryzyko”.

3. Rozwiązania prawne rozpatrywane w ramach przeglądu ram regulacyjnych łączności elektronicznej z 2002 r. a nowe technologie

W trakcie prac nad nowelizacją pakietu regulacyjnego łączności elektronicznej z 2002 r. dyskutowano jednak również inne rozwiązania dotyczące dostępu telekomunikacyjnego – zastosowanie zwolnienia regulacyjnego (*regulatory holiday*) oraz rozdziału funkcjonalnego (*functional separation*)³⁸.

Uchylenie lub ograniczenie regulacji specyficznej dla sektora telekomunikacyjnego przez zastosowanie tzw. zwolnienia regulacyjnego polega na nieregulowaniu „rynków nowo powstających” (*newly emerging markets*) innowacyjnych z punktu widzenia technologicznego, których rozwój wymaga znacznych inwestycji³⁹. Brak regulacji a przede wszystkim nienakładanie obowiązków dostępowych ma zachęcić przedsiębiorców telekomunikacyjnych do inwestowania w nowe, innowacyjne sieci.

Natomiast celem rozdziału funkcjonalnego polegającego na tym, że od zintegrowanego wertykalnie operatora wymaga się ustanowienia rozdzielo-

³⁸ Komunikat Komisji, Sprawozdanie na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE, Bruksela, dnia 13 listopada 2007, KOM(2007) 696 wersja ostateczna, s. 6; Komisja Europejska, Streszczenie oceny skutków, Dokument uzupełniający wniosek Komisji w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/19/WE, 2002/20/WE oraz 2002/21/WE wniosek Komisji w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/22/WE oraz 2002/58/WE wniosek Komisji w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego Europejski Urząd ds. Rynku Łączności Elektronicznej, Bruksela, 13 listopada 2007, SEK(2007) 1473, s. 3.

³⁹ M. Stoyanova, *The Dangers of Over-Regulation in the Electronic Communication Sector*, World Competition 2007, nr 30 (1), s. 128.

nych operacyjnie jednostek organizacyjnych udostępniających infrastrukturę i świadczących usługi, jest zapewnienie świadczenia w pełni równoważnych produktów dostępu wszystkim operatorom detalicznym, w tym własnym jednostkom detalicznym operatora zintegrowanego wertykalnie⁴⁰.

3.1. Zwolnienie regulacyjne

Konkurencja w dziedzinie łączności elektronicznej, podobnie jak w przypadku innych innowacyjnych sektorów, ma charakter dynamiczny. Oznacza to, że przedsiębiorstwa inwestują bardzo dużo, rozwijając nowatorskie produkty i usługi. Jeżeli im się powiedzie, mogą w ten sposób liczyć na znaczne powiększenie swoich udziałów w rynku. Stanowi to zachętę dla inwestowania. Fakt, że jedna firma uzyskuje znaczne korzyści nie oznacza w tym przypadku, że konkurencja na rynku doznaje ograniczania. Przedsiębiorstwa telekomunikacyjne inwestujące w infrastrukturę i nowe technologie chciałyby czerpać korzyści z uzyskanej w ten sposób znaczącej pozycji rynkowej⁴¹, minimalizując ryzyko inwestycyjne. Nałożenie obowiązków regulacyjnych, a w szczególności obowiązku udostępniania zmodernizowanej infrastruktury konkurencyjnym operatorom, pozbawia przedsiębiorstwo inwestujące w infrastrukturę tych korzyści i stanowi czynnik zniechęcający do modernizacji sieci⁴².

Wysokich inwestycji wymaga np. wprowadzenie technologii FITL. Prowadzenie kabli światłowodowych jest kosztowne, ponieważ trzeba je umieszczać w kanalizacji kablowej. O ile w terenie miejskim kanalizacja na ogół

⁴⁰ Punkt 43 preambuły przedstawionego przez Komisję projektu dyrektywy zmieniającej dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń i 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Bruksela, 13 listopada 2007, KOM(2007) 697, wersja ostateczna.

⁴¹ Ch. Ahlborn, V. Denicolli, D. Geradin, A. J. Padilla, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 31st March 2006, <http://papers.ssrn.com>, s. 13-15; M. Stoyanova, *The Dangers of Over-Regulation...*, s. 130; J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper Collins Publishers 1984, s. 84.

⁴² Final Report To The European Commission DG Information Society And Media, *An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sektor*, London Economics, PricewaterhouseCoopers, czerwiec 2006, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/ext_studies/assessmt_growth_invst/investment.pdf s. 75-76.

istnieje, to na obszarach słabo zurbanizowanych musi być zbudowana od podstaw. Wyjątek stanowią kable przystosowane do podwieszania lub okręcania wokół istniejących kabli wysokiego i średniego napięcia⁴³. Podobnie dużych nakładów wymaga wprowadzenie technologii VDSL⁴⁴ pozwalającej na połączenie o wysokiej przepustowości między szafką uliczną a użytkownikiem końcowym i świadczenie innowacyjnych szerokopasmowych usług. Z tych powodów niemiecki regulator (*Bundesnetzagentur*, dalej – BNetzA) chciał zapewnić Deutsche Telekom (dalej – DT) tzw. „zwolnienie regulacyjne” i nie nakładać na operatora zasiedziałego obowiązków dostępowych, jeśli chodzi o dostęp do infrastruktury VDSL. Ta decyzja regulatora była częścią szerszych zmian w prawie niemieckim. Chodziło o wprowadzenie do niemieckiej ustawy telekomunikacyjnej (dalej – TKG)⁴⁵ art. 9a, który umożliwiałby nieregulowanie „nowych rynków” przez pewien czas, jeżeli stworzenie takiego „nowego rynku” wymagałoby istotnych inwestycji. Celem tego artykułu było więc wspieranie innowacyjności i inwestycji. Swoją decyzję o wyłączeniu infrastruktury VDSL z hurtowego rynku szerokopasmowego BNetzA tłumaczyła cechami charakterystycznymi podaży, a raczej jej brakiem. Jej zdaniem regulacja nie powinna być stosowana, gdyż w Niemczech nie ma infrastruktury VDSL i nie można świadczyć nowoczesnych usług za jej pomocą. Komisja nie przychyliła się jednak do tych argumentów. Zdaniem Komisji należało podejść do problemu z punktu widzenia popytu. Ważne jest zatem, czy usługi świadczone za pomocą technologii VDSL będą znacząco różnić się od usług świadczonych za pomocą ADSL. Uznając, że nie ma takich różnic, Komisja przyjęła, że dostęp do infrastruktury VDSL powinien podlegać regulacji. Komisja wyraźnie wskazała, iż jest przeciwna „regulacyjnym wakacjom” i nadinterpretowaniu pojęcia „nowy rynek” w celu unikania regulowania, a zwykle ulepszenie istniejących usług,

⁴³ H. Gut-Mostowy, *Światłowodowe...*, s. 4.

⁴⁴ VDSL to jeden z rodzajów technologii xDSL (*x Digital Subscriber Line*). xDSL to zbiorowy termin wszystkich technologii cyfrowych linii abonenckich, używających wielu schematów modulacji w transmisji danych przez symetryczne linie miedziane. VDSL (*Very High DSL*) to bardzo szybkie rozwinięcie ADSL (asymetryczna cyfrowa linia abonencka) umożliwiające uzyskanie prędkości do 52 Mb/s i 2,3 Mb/s od użytkownika. Działa jednak tylko na bardzo krótkich odcinkach – średnio do 1 kilometra.

⁴⁵ Ustawa telekomunikacyjna, Federalny Dziennik Urzędowy (*Bundesgesetzblatt*) z 25 czerwca 2004 r., nr 29/2004, s. 1190 (*Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190*), http://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/BJNR119000004.html.

zdaniem Komisji, nie może być uznawane za tworzenie nowego rynku⁴⁶. W wyniku zastrzeżeń Komisji BNetzA wyłączyła infrastrukturę VDSL do hurtowego rynku dostępu szerokopasmowego (rynek 12) z zastrzeżeniem, że będzie on podlegał regulacji jedynie, gdy za pomocą tej nowej technologii będą świadczone usługi stanowiące substytut dla usług już oferowanych za pomocą technologii ADSL. Kwestia regulacji nowych rynków przez BNetzA pozostała więc otwarta⁴⁷.

Przeciwko wprowadzeniu art. 9a do TKG dotyczącego zwolnienia regulacyjnego dla „nowych rynków” bardzo ostro w swoim wystąpieniu z czerwca 2006 wystąpiła Komisarz ds. Społeczeństwa Informacyjnego Viviane Reding⁴⁸, która stwierdziła, że ramy regulacyjne nie wyłączają „nowych rynków” spod regulacji, a jedynie stanowią, że regulator powinien brać pod uwagę ich specyficzne cechy i nie stosować regulacji nieodpowiedniej. Ponadto wykluczyła ona możliwość wprowadzenia „zwolnień regulacyjnych” w ramach przeglądu ram regulacyjnych z 2002 r. do obecnie obowiązującego wspólnotowego prawa łączności elektronicznej. Zadeklarowała również, że Komisja nie będzie dopuszczać nawet czasowych monopolii i że liberalizacja byłaby zagrożona gdyby państwa członkowskie mogły podejmować polityczne decyzje o tym, które problemy powinny być regulowane, a które – nie. Komisarz V. Reding uznała też, że propozycja niemiecka jest bardzo niebezpiecznym precedensem.

Stanowisko to Komisja potwierdzi, wszczynając 26 lutego 2007 roku w trybie przyspieszonym postępowanie w sprawie naruszenia przepisów przeciwko władzom Niemiec w związku z wprowadzeniem do prawa niemieckiego „zwolnienia regulacyjnego”, a później decydując o wniesieniu skargi do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tej sprawie⁴⁹. Również podczas

⁴⁶ Sprawa DE/2006/0457.

⁴⁷ F. Kamiński, *Oddziaływanie regulacji konkurencji na nowe inwestycje oraz strukturę rynku komunikacji elektronicznej*, Telekomunikacja i Techniki Informacyjne 2006, nr 3-4, s. 28-29; M. Stoyanova, *The Dangers of Over-Regulation...*, s. 128.

⁴⁸ SPEECH/06/422, 27 czerwca 2006 r., <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/422&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

⁴⁹ Doniesienia prasowe: *Komisja wszczyna w trybie przyspieszonym postępowanie w sprawie naruszenia przepisów przeciwko władzom Niemiec w związku z udzieleniem Deutsche Telekom zwolnienia regulacyjnego*, IP/07/237, 26 lutego 2007 r.; *Telecoms: Commission takes next step in infringement proceedings because of Germany's „regulatory holiday” law*, IP/07/595, 03 maja 2007 r.; *Przepisy UE w dziedzinie telekomunikacji: 15 spraw dotyczących naruszenia przepisów w toku, sześć zamkniętych i jedna zawieszona*, IP/07/888, 27 czerwca 2007 r.

przeglądu unijnych ram regulacyjnych usług i sieci łączności elektronicznej Komisja wyraźnie opowiedziała się przeciwko stanowisku operatorów optyających za „zwolnieniami regulacyjnymi” stwierdzając, że generalnie obecne ramy unijne wspierają konkurencję i inwestycje⁵⁰. Podstawą ram regulacyjnych w sektorze telekomunikacji jest założenie, iż regulacja ma wynikać z przesłanek ekonomicznych. Nie jest jednak jasne, w jaki sposób Komisja zamierza, kształtując politykę wspólnotową w tym obszarze, uwzględnić dynamiczny charakter konkurencji w sektorze. W wystąpieniu ze stycznia 2008 r. Komisarz ds. Społeczeństwa Informacyjnego nie negowała wprawdzie konieczności zachęcania przedsiębiorców do inwestycji w infrastrukturę i nowe technologie, jednak jej zdaniem wystarczającą zachętą powinna być stabilna, przewidywalna regulacja i m.in. funkcjonalnie rozdzielony dostęp do sieci⁵¹.

3.2. Rozdział funkcjonalny (*functional separation*)

W odniesieniu do dyrektywy o dostępie główną zmianą, proponowaną przez Komisję w ramach przeglądu ram regulacyjnych dla łączności elektronicznej, jest wprowadzenie rozdziału funkcjonalnego jako środka regulacyjnego. Zgodnie z art. 13a projektu dyrektywy nowelizującej m.in. dyrektywę o dostępie⁵², „krajowy organ regulacyjny może nałożyć na zintegrowane wertykalnie przedsiębiorstwa, obowiązek umieszczenia działalności związanej z hurtowym zapewnianiem produktów dostępu w niezależnie działającej jednostce organizacyjnej przedsiębiorstwa. Taka jednostka organizacyjna dostarcza produkty i usługi dostępu wszystkim przedsiębiorstwom, w tym innym jednostkom działającym w ramach swojego przedsiębiorstwa, w takich samych terminach i na tych samych warunkach, w tym dotyczących poziomów cen i usług, przy użyciu tych samych systemów i procesów”. Pomimo znacznej niezależności jednostki wydzielonej funkcjonuje ona nadal w struk-

⁵⁰ Sprawozdanie Komisji na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE oraz streszczenie propozycji reform z 2007 r., Bruksela 13 listopada 2007 r., KOM(2007) 696, wersja ostateczna, s. 6.

⁵¹ V. Reding, *The Access Revolution: an evolution of regulation for competition*, KPN Annual Event, Brussels, 14 stycznia 2008 r., http://ec.europa.eu/commission_barroso/reding/docs/speeches/2008/brussels_20080114.pdf, s. 3.

⁵² Przedstawiony przez Komisję projekt dyrektywy zmieniającej dyrektywę 2002/21/WE..., art. 13a.

turze przedsiębiorcy i nie stanowi odrębnego prawnie podmiotu, co odróżnia rozdział funkcjonalny od strukturalnego i własnościowego⁵³.

Funkcjonalna separacja obejmuje rozdzielenie: działalności (utworzenie odrębnej jednostki organizacyjnej odpowiedzialnej za świadczenie usług hurtowych objętych rozdziałem funkcjonalnym, świadczenie przez jednostkę wydzieloną usług dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych na niedyskryminujących warunkach, rozdzielenie systemów wsparcia operacyjnego, wprowadzenie odrębnej marki dla jednostki wydzielonej), kadr (m.in. zakaz zatrudniania pracowników hurtowej jednostki wydzielonej jednocześnie lub częściowo, w innych jednostkach przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności jednostce detalicznej, fizyczne wyodrębnienie miejsc pracy, lokalizacji biur), dostępu do informacji (m.in. ograniczenia w zakresie przepływu informacji pomiędzy hurtową jednostką wydzieloną, a pozostałymi jednostkami przedsiębiorcy macierzystego, podział systemów zarządzania informacjami), finansów (wprowadzenie rachunkowości regulacyjnej, przyznanie oddzielnego budżetu, zagwarantowanie autonomii finansowej), zarządzania (oddzielna kadra zarządzająca niezależna od przedsiębiorcy macierzystego, niezależne decyzje strategiczne w zakresie inwestycji). Ponadto rozdział funkcjonalny wymaga opracowania przez administrację regulacyjną skutecznego systemu kontroli wykonywania tego obowiązku⁵⁴.

Podstawowym celem, jakiemu ma służyć wprowadzenie rozdziału funkcjonalnego, jest zapobieżenie sytuacji, w której operator wertykalnie zintegrowany świadczy usługi hurtowe na gorszych warunkach swoim konkurentom niż własnej części detalicznej. Najbardziej oczywistym przykładem takiej dyskryminacji jest dyskryminacja cenowa, czyli nieuzasadnione różnicowanie cen tożsamyh usług oferowanych różnym podmiotom. Dyskryminacja może jednak dotyczyć również innych kwestii i polegać np. na opóźnieniu realizacji zamówień, stosowaniu różnych terminów realizacji usług, różnicowaniu dostępu do informacji istotnych dla świadczenia usług przez przedsiębiorcę zakupującego usługi od przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo⁵⁵.

⁵³ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, s. 255 i n.

⁵⁴ UKE, *Informacja Prezesa UKE w sprawie możliwości zastosowania funkcjonalnej separacji jako środka regulacyjnego w telekomunikacji*, Warszawa, wrzesień 2007 r., www.uke.gov.pl, s. 7-9; ERG, *Opinion on Functional Separation*, ERG (07) 44, <http://erg.eu.int>, s. 4-5.

⁵⁵ ARCEP, *Séparation fonctionnelle: le pour et le contre*, La Lettre de l'Autorité 2007, nr 55, s. 2; UKE, *Informacja...*, s. 4.

Zapobieganiu dyskryminacji cenowej służy nakładanie obowiązku wprowadzenia rachunkowości regulacyjnej i ustalania opłat w oparciu o uzasadnione koszty. Obowiązki te nie są jednak w stanie zapobiec dyskryminacji pozacenowej⁵⁶. Ponadto trudno regulatorowi zweryfikować realizację przez przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej ogólnego obowiązku niedyskryminacji. Organ regulacyjny może bowiem przede wszystkim reagować na zaistniałe już nieprawidłowości. Kontrola realizacji obowiązku niedyskryminacji wymaga ciągłych analiz i identyfikowania problemów oraz ma tylko w ograniczonym zakresie charakter prewencyjny. Są to argumenty, które przemawiają za wprowadzeniem do ram regulacyjnych dla łączności elektronicznej obowiązku rozdziału funkcjonalnego. Obecnie dyrektywa dostępowa nie przewiduje wprost takiej możliwości. Obowiązek ten może być jednak nałożony w wyjątkowych okolicznościach przez krajowy organ regulacyjny na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie. Na nałożenie tego obowiązku, tak jak innych obowiązków niewymienionych w tej dyrektywie, zgodę musi wyrazić Komisja. Zgodnie z art. 8 ust. 3 *in fine* dyrektywy o dostępie, podejmuje ona taką decyzję w procedurze komitologii.

Zalety rozdziału funkcjonalnego nie powinny jednak przysłaniać praktycznych trudności jeśli chodzi o jego wprowadzenie w sektorze łączności elektronicznej oraz jego możliwych ekonomicznych konsekwencji.

Trudności praktyczne wynikają przede wszystkim z szybkiego rozwoju technologicznego sieci telekomunikacyjnych. Prawidłowe nałożenie obowiązku rozdziału funkcjonalnego wymaga dokładnego wyznaczenia kluczowych elementów infrastruktury, które wydzielona jednostka ma udostępniać stanowiących tzw. „wąskie gardła”⁵⁷. W telekomunikacji, ze względu na wprowadzanie nowych technologii oraz zróżnicowane strategie inwestycyjne operatorów, trudno jednak wyznaczyć części sieci, które mają cechy monopolu naturalnego i są nie do zdublowania w rozsądnym czasie. Ponadto dynamiczna konkurencja w sektorze telekomunikacyjnym wymaga ciągłego dostosowywania nakładanych środków regulacyjnych do zmie-

⁵⁶ Final Report For the European Commission, *Preparing the next steps in regulation of electronic communications. A contribution to the review of the electronic communications regulatory framework*, Hogan and Hartson, czerwiec 2006 r., http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/ext_studies/next_steps/regul_of_ecomm_july2006_final.pdf, s. 193.

⁵⁷ UKE, *Informacja...*, s. 7.

niającej się sytuacji na rynku⁵⁸. Założeniu temu nie odpowiada nakładanie długoterminowego obowiązku regulacyjnego, jakim jest rozdział funkcjonalny, którego wprowadzenie wymaga znacznych nakładów po stronie regulowanego przedsiębiorstwa. Są to przede wszystkim koszty wynikające z reorganizacji firmy, zatrudnienia nowych pracowników oraz rozdzielenia działalności, która wcześniej wymagała współdziałania części hurtowej przedsiębiorstwa z częścią detaliczną⁵⁹. Ponadto znaczne koszty ponosi administracja regulacyjna. Rozdział funkcjonalny nie oznacza bowiem, że nie jest konieczne nakładanie innych obowiązków regulacyjnych. Wręcz przeciwnie, funkcjonalne wydzielenie „zmonopolizowanej” części działalności operatora zasiedziałego wymaga dalszej jej regulacji, jeśli chodzi o to, jakie usługi dostępne są oferowane, o ich ceny, jakość oraz ciągłej weryfikacji, czy obowiązki regulacyjne są wypełniane⁶⁰.

Rozdział funkcjonalny ułatwia równy dostęp do elementów kluczowych sieci, ale jednocześnie może spowolnić jej modernizację i powstawanie rozwiązań alternatywnych technologicznie. Wynika to po pierwsze z faktu, iż rozwój technologiczny przestanie być napędzany popytem na rynku detalicznym i wymaganiami klientów. Po drugie, łatwy i niedyskryminacyjny dostęp do sieci może zniechęcić do inwestycji i innowacji innych operatorów, co utrudni konkurencję na poziomie infrastruktury. Po trzecie, rozdział funkcjonalny polegający m.in. na rozdzieleniu dostępu do informacji między częścią wydzieloną a pozostałymi częściami przedsiębiorstwa może prowadzić do problemów z koordynacją procesu inwestycyjnego. Właściwe inwestowanie wymaga bowiem koordynacji między działalnością w sferze detalicznej i hurtowej, wymiany informacji, współpracy itd. Taka koordynacja w przypadku rozdziału funkcjonalnego jest niemożliwa, gdyż działalność „operacyjna” podejmowana jest przez jednostkę odrębną od tej, która zajmuje się inwestycjami w infrastrukturę⁶¹. Po czwarte, rozdział funkcjonalny może prowadzić

⁵⁸ S. Piątek, *Regulacja na rzecz konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, s. 161.

⁵⁹ ARCEP, *Séparation fonctionnelle...*, s. 3.

⁶⁰ ARCEP, *Séparation fonctionnelle...*, s. 4; R. W. Crandall, J. G. Sidak, *Is Structural Separation of Incumbent Local Exchange Carriers Necessary for Competition?*, Yale Journal on Regulation 2002, nr 19 (2), s. 14-15.

⁶¹ M. Cave, Ch. Doyle, *Network Separation and Investment Incentives In Telecommunications*, www.thinktel.org, s. 2; R. W. Crandall, J. G. Sidak, *Is Structural Separation...*, s. 31 n.

do oportunistycznego działania przedsiębiorstw, a nie do maksymalizacji wspólnych zysków. Wszystko to jest w stanie przyczynić się do obniżenia jakości usług świadczonych przez jednostkę wydzieloną oraz opóźnienia we wprowadzaniu na rynek nowych innowacyjnych produktów dostępowych. O takiej tendencji świadczą raporty OFCOM⁶² dotyczące rozdziału funkcjonalnego British Telecom. Rozdział funkcjonalny nie jest więc obowiązkiem regulacyjnym, który mógłby zachęcić do inwestowania w nowe rozwiązania technologiczne zarówno operatora zasiedziałego jak i jego konkurentów.

4. Zakończenie

Wprowadzenie na europejski rynek usług o standardzie światowym oraz wzrost efektywności infrastruktury telekomunikacyjnej wymaga inwestowania w nowe technologie, w szczególności w rozbudowę i modernizację szerokopasmowej sieci dostępowej, w tworzenie sieci NGN, w rozwój usług internetowych oraz sieci telefonii ruchomej 3G i następnych generacji⁶³. Inwestycje te w dużej mierze zależą od odpowiedniej regulacji dostępu do infrastruktury. Zupełnie „wolny” dostęp do sieci może bowiem zniechęcać operatorów dysponujących własną infrastrukturą do jej modernizacji a przedsiębiorstwa konkurencyjne do budowy alternatywnych sieci i szukania nowatorskich rozwiązań technologicznych.

Obowiązujące obecnie ramy regulacyjne stwarzają przedsiębiorstwom nowym na rynku bardzo korzystne warunki do świadczenia usług detalicznych. Mogą one ze względu na nakładane przez krajowe organy regulacyjne obowiązki rozpoczynać działalność telekomunikacyjną bez konieczności ponoszenia własnych nakładów na infrastrukturę, wykorzystując sieci oraz usługi operatora zasiedziałego. Może to prowadzić do sytuacji, w której nie ma wystarczających bodźców zachęcających do rozwoju konkurencji między właścicielami alternatywnych sieci⁶⁴. Należałoby więc postulować, aby ope-

⁶² OFCOM, Report on the implementation of BT's Undertakings – Fourth quarterly report, 05 września 2006; OFCOM Report on the implementation of BT's Undertakings – Fifth quarterly report, 12 lutego 2007, www.ofcom.org.uk.

⁶³ F. Kamiński, *Oddziaływanie regulacji...*, s. 27; M. Stoyanova, *The Dangers of Over-Regulation...*, s. 133.

⁶⁴ FTTH Council Europe, *European market dynamics delay deployment of next generation broadband*, Brussels, 18 stycznia 2005, www.europeftthcouncil.com; F. Kamiński, *Oddziaływanie regulacji...*, s. 22.

rator inwestujący w modernizację własnej sieci oraz wprowadzający nowatorskie usługi, mógł uzyskać zwolnienie regulacyjne polegające na czasowym nienakładaniu lub ograniczonym nakładaniu na niego obowiązków regulacyjnych, przede wszystkim obowiązku udostępniania nowej infrastruktury operatorom konkurencyjnym. Zwolnienie takie umożliwiłoby przedsiębiorstwu inwestującemu w nowe technologie odzyskanie w rozsądnym terminie poniesionych kosztów z uwzględnieniem ryzyka inwestycyjnego.

W związku z tym, że Komisja w ramach przeglądu ram regulacyjnych łączności elektronicznej z 2002 r. nie zaaprobowwała wprowadzenia zwolnienia regulacyjnego, ani nie zaproponowała żadnych innych rozwiązań prawnych zachęcających do inwestycji, rozwój technologiczny sektora zależeć będzie w dużej mierze od właściwego definiowania rynków relewantnych przez organy regulacyjne oraz od tego, czy organy te będą nakładać na przedsiębiorstwa telekomunikacyjne proporcjonalne i adekwatne obowiązki regulacyjne. Krajowi regulatorzy powinni przede wszystkim stosować środki regulacyjne zgodnie z hierarchią ich inwazyjności, a więc najpierw ocenić skuteczność mniej inwazyjnych środków przed przejściem do stosowania środków wpływających w większym stopniu na rynek, takich jak: obowiązek udostępniania infrastruktury, regulacja cen czy funkcjonalna separacja.